



**NOMOS**  
Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato  
e storia costituzionale

## IL COSTITUZIONALISMO COME PROGETTO DELLA SCIENZA\*

di Peter Häberle\*\*

SOMMARIO: Premessa – I. Forme di vita costituzionali e la loro intensa connessione effettuale politica e giuridica - 1. Lo stato costituzionale cooperativo e aperto al mondo – 2. Comunità costituzionali regionali, transnazionali come secondo potere politico, ossia come categoria giuridica del costituzionalismo – 3. Fattori costituzionali nel diritto internazionale come diritto costituzionale dell'umanità – II. Gli attori nel contesto del costituzionalismo – III. Metodi di lavoro, in particolare delle scienze intorno al costituzionalismo – IV. Lo sviluppo del costituzionalismo in Africa – V. Prospettiva

### PREMESSA

**P**rima di tutto un ringraziamento particolare ai colleghi *F. Lanchester* e *F. Balaguer*. Il primo è “spiritus rector Romanus“ del seminario odierno, il secondo, *F. Balaguer*, esattamente un anno fa, ha regalato al nostro gruppo giorni indimenticabili a Granada. Lo stesso dicasi, con grato ricordo, dei colleghi *D. Rousseau*, *A. Viala* e *S. Pinon* per il seminario tenutosi a Montpellier due anni fa. Tutti i relatori e tutti i presenti oggi costituiscono assieme una parte della repubblica universale degli studiosi all’insegna del costituzionalismo. Lavorano sulla “costituzione nel discorso mondiale” (*Verfassung im Diskurs der Welt*, 1999), ovvero nel “mondo dello stato costituzionale“ (*Welt des Verfassungsstaates*, 2004), per citare i titoli di due scritti redatti, nel passato,

\* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno “*Passato, presente, futuro del costituzionalismo e dell'Europa*”, che si è tenuto a Roma l'11-12 maggio 2018.

\*\* Professor Dr.Dr.h.c.mult., Universität Bayreuth Vorbemerkung

in mio onore. Siamo alla ricerca dei passi da compiere sul sentiero dello studio universale della costituzione. I relatori hanno trattato in maniera efficace il passato, il presente e il futuro del costituzionalismo. A me non rimangono che poche integrazioni episodiche, considerando pure che non vivo più nell'“autunno del medioevo“ ma nell'“inverno dell'antichità” - anche nella Roma di oggi. Sino ad oggi, Roma, assieme ad Gerusalemme, Atene, Firenze e Bologna è – fino ad oggi - un simbolo della spiritualità dell'Europa. Alla prossima generazione è chiesto di dare continuità a questa molteplice cultura (inclusa la cultura del diritto); fortunatamente a questo convegno sono presenti anche colleghi giovani: è vivo dunque il contratto generazionale scientifico.

#### I. Forme di vita costituzionali e la loro intensa connessione effettuale politica e giuridica

Preliminarmente *quattro* caratteristiche guida per il primo approccio: il costituzionalismo si interessa di *alti valori*, anzi di *massimi valori* come i diritti umani, la pace, la giustizia, le strutture dello stato di diritto, la solidarietà, il bene comune, la sicurezza e la cooperazione. Il costituzionalismo opera come fondazione e al contempo come esaltazione di un intero ordinamento giuridico, è lecito parlare di “compenetrazione” (su tale punto v. anche *D. Sciulli, Theory of Societal Constitutionalism*, 1992; *N. Walker, The Idea of Constitutional Pluralism*, in: *Modern Law Review* 65 (2002), p. 317 e segg.). Inoltre: il costituzionalismo nella *forma del diritto* è variamente differenziato, configurato e strutturato sul piano materiale e processuale - anche per limitare il potere, per prevenire guerre civili e per creare pace. Inoltre è impostato per *durare* e pertanto istituzionalizzato; in ultimo il costituzionalismo, oggi, è efficace a livello nazionale, regionale e universale, quindi localizzato *nello spazio*. Allo spazio ora si aggiunge il tempo, per parafrasare eccezionalmente *Richard Wagner*. Il costituzionalismo come cultura è *storicamente diventato* – faticosamente – quello che è, come è evidente anzitutto negli anni 1776, 1787, 1789, 1848 in Nordamerica e in Europa nonché nella costituzionalizzazione dell'America latina del diciannovesimo secolo. Dopo il 1945 il costituzionalismo si sviluppa in parte anche in Africa e in Asia. L'America latina è oggi, nel nostro gruppo, rappresentata da insigni colleghi come *D.G. Belaunde* dal Perù, *G. Mendes* dal Brasile, *D. Valades* dal Messico. Il costituzionalismo è attualmente vissuto su scala mondiale, nonostante le numerose crisi nazionali, regionali e internazionali, e si spera che sia all'ordine del giorno anche in futuro. Molte questioni sono state esaminate dalle eccellenti relazioni. Alcuni, certo, parlano criticamente di “ipercostituzionalizzazione” (su tale concetto v. *N. Fischer, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff. Zugleich eine Kritik der Hyperkonstitutionalisierung einfachen Verfahrensrechts*, 2006), anzitutto con uno sguardo sull'UE, oppure parlano di “decostituzionalizzazione” (v. *F. Wollenschläger, Constitutionalisation and Deconstitutionalisation of Administrative Law in View of Europeanisation and Emancipation*, in *Review of European Administrative Law* 10 (2017), p. 7 e ss.).

Di seguito saranno trattate *tre* forme di vita del costituzionalismo nei loro *tre* ambiti culturali nonché la loro intensa connessione effettuale nella divisione del lavoro sul piano politico e giuridico. Preliminarmente vorrei respingere il diffuso concetto di “multilevel constitutionalism“ (v. ad es. *I. Pernice*) con la sua discutibile rappresentazione gerarchica: gli “elementi costituzionali“ nel diritto internazionale (ispirati ai lavori del costituzionalista statunitense *B. Ackermann*, su cui *M. Kotzur*, *Konstitutionelle Momente? Gedanken über den Wandel im Völkerrecht*, in: A. v. Arnould (a cura di), *Völkerrechtsgeschichte(n). Historische Narrative und Konzepte im Wandel*, 2017, p. 100 e segg.) non sono da collocare “sopra“, e il diritto costituzionale regionale e nazionale non è “sotto“, si tratta piuttosto di rapporti complementari diversificati (in breve: complementarità e cooperazione) – tutto ciò a servizio della pace nazionale, regionale e internazionale. Il costituzionalismo rende la società una società aperta, donando impulsi, spazi e garanzie al pluralismo di idee e interessi. E il concetto di “costituzione“ dovrà essere liberato dal suo focus - molto tedesco - sullo Stato. Il diritto privato e il diritto penale, nonostante “la prevalenza della costituzione“, hanno le loro proprie peculiarità e verità giuridiche.

#### 1) Lo stato costituzionale cooperativo e aperto al mondo

Lo Stato costituzionale cooperativo e aperto al mondo, proposta teoretica nonché ideale scientifico sin dal 1978, con i suoi tipici contenuti, le sue tipiche funzioni e procedure di separazione dei poteri (per la Germania: art. 1, 20 e 92 GG), trae vita in particolare dal terzo potere indipendente quale “ultimo” garante dei diritti fondamentali. Nello stato costituzionale cooperativo e aperto al mondo c’è di stato soltanto quanto stabilisce la costituzione, per cogliere un’espressione di *R. Smend* e *A. Arndt*. Il costituzionalismo tedesco del diciannovesimo secolo era diverso proprio su questo punto (si pensi a temi come: sovranità dei principi, principio monarchico, potere dello Stato precostituito e omnicomprensivo, diritti fondamentali posteriormente resi limitanti, ceti, parlamenti). Oggi lo stato costituzionale, impegnato in numerose reti di cooperazione, viene sin da principio pensato come democrazia dei cittadini nello *stato di diritto*. I cittadini “si danno“ la propria costituzione, come stabiliscono esplicitamente alcune nuove costituzioni regionali della Germania dell’est. La garanzia della dignità dell’uomo di cui all’art. 1 GG non è disponibile per la democrazia pluralistica – costituisce un limite alla sovranità del popolo, la quale, come tale, sarà da mettere in discussione. La democrazia pluralista è la *conseguenza* organizzatoria della dignità umana. Certo, non possiamo prescindere dal fatto che in alcuni paesi lo stato costituzionale tende verso strutture autoritarie (esempi di oggi sono la Turchia, probabilmente anche l’Ungheria, l’Egitto e specialmente il Venezuela socialista). Lo stato costituzionale cooperativo, oggi, vive la propria costituzione soltanto come costituzione *parziale*. Nel 2001 l’autore di questo intervento ha proposto per la Germania e per altri paesi dell’UE il concetto delle “costituzioni parziali nazionali“ che poi vengono

in parte integrate, in parte sovrapposte, in parte cumulate attraverso le costituzioni parziali del diritto costituzionale europeo (su tutto ciò v. *P. Häberle/M. Kotzur*, *Europäische Verfassungslehre*, 8a ed., 2016). Elementi ponte verso il diritto internazionale vengono costruiti dallo stato costituzionale cooperativo, ovvero dal principio della “favore per il diritto internazionale” (*Völkerrechtsfreundlichkeit*, secondo BVerfG) e, con occhio rivolto verso l’Europa, anche dal “favore per il diritto europeo” (*Europarechtsfreundlichkeit*). In anticipo *W. v. Simson* parlava del “condizionamento sovrastatale dello Stato“. Oggi lo Stato costituzionale cooperativo aperto al mondo è condizionato dalle costituzioni parziali del diritto internazionale o del diritto costituzionale europeo.

Un cenno particolare meritano le *organizzazioni non governative*: per esse, finora, manca una teoria costituzionale (v. però *M. Hempel*, *Die Völkerrechtssubjektivität internationaler nichtstaatlicher Organisationen*, 1999). Le loro attività stanno a dimostrare l’apertura del costituzionalismo nazionale, regionale e internazionale. Le ONG sono attive sul piano nazionale, regionale e/o internazionale. Alcuni esempi: quello classico della Croce rossa internazionale, ai nostri giorni Medici senza frontiere, Reporter senza confini, organizzazioni di aiuto umanitario come Malteser Hilfsdienst, Amnesty international, Greenpeace, Weißhelme e oxfam, Transparency international, Robin Wood, WWF, Human rights watch. È necessario differenziare secondo le strutture, i compiti e i limiti. Le ONG, da valutare essenzialmente in modo positivo, sul piano teorico si collocano nella “società civile”, così definita anche nelle costituzioni più recenti (come evoluzione della distinzione tra Stato e società a partire da *Hegel*) – qui si colloca il classico volontariato. Nell’insieme si presenta qui un ampio terreno di ricerca che riguarda direttamente il costituzionalismo. Gli Stati autoritari infatti tendono a tenere al guinzaglio, a vietare o tuttavia limitare le ONG (come avviene ad es. in Russia, Ungheria, Egitto) poiché esse creano una sfera pubblica particolare. Un altro cenno merita quella crisi dello stato costituzionale, ovvero della democrazia, che nel dibattito viene chiamato “populismo“ (v. anche *F. Wielenga/F. Hartleb*, *Populismus in der modernen Demokratie*, 2011). Mi rifiuto di cedere il termine “populus“ al populismo. Pensiamo a *Cicerone*: “res publica, res populi”, oppure al “senatus populusque romanus“. Pensiamo al noto “we, the people“ presente in molte costituzioni. Pensiamo al motto sul Reichstag a Berlino: “Al popolo tedesco” (Dem deutschen Volk). Pensiamo al terzo potere, che in molti paesi già opera in modo costituzionalmente esplicito “nel nome del popolo“. Per ora, possiamo caratterizzare il populismo come segue: è ostile alle istituzioni, antipluralista, antiparlamentare e antielitario, prende le mosse dalla finzione di una omogenea volontà popolare.

2) Comunità costituzionali regionali, transnazionali come secondo potere politico, ossia come categoria giuridica del costituzionalismo

anche qui è necessario considerare le quattro caratteristiche menzionate in principio. Come esempi, tutti formati soltanto *dopo* il 1945, possiamo citare l'UE, il Consiglio d'Europa l'apparato europeo, il Mercosur, la OAS e l'Unione africana. Il Consiglio d'Europa purtroppo rimane spesso all'ombra dell'UE, sebbene l'EMRK quale "living instrument" costituisse un elemento centrale della "costituzione dell'Europa" (in breve: europeizzazione come costituzionalizzazione). È utile qui ricordare tanto la ricognizione di un „diritto costituzionale europeo comune“ (*gemeineuropäisches Verfassungsrecht* 1991) quanto gli articoli sull'Europa contenuti nelle costituzioni nazionali nonché in alcuni statuti regionali italiani e spagnoli (in breve: "diritto costituzionale europeo nazionale"). Numerosi studi sottolineano, a ragione, la particolare intensità e densità del carattere associativo dell'UE, usando termini come "unione di stati", "unione costituzionale" oppure "comunità costituzionale" (una mia proposta teorica). In parte, ad es. nell'UE, sono riconoscibili forme originarie della divisione dei poteri. E' assai evidente il costante avanzare di tribunali costituzionali europei o internazionali. A mio avviso oggi la questione non è più quella del "più all'Europa", ad es. in forma di un'unione bancaria o di un'unione dei trasferimenti. Piuttosto occorre rinnovare l'attenzione al principio della sussidiarietà formulato, nella storia del pensiero, dalla dottrina sociale cattolica. Nella crisi odierna torna in rilievo la vecchia e nota idea di un'Europa "a diverse velocità" o "di geometria variabile". Considerando le molte crisi, l'UE ha tutte le ragioni per richiamarsi alla sua ricca eredità culturale (sulla quinta crisi dell'UE v. il mio omonimo contributo in *Percorsi costituzionali*, 2015, p. 319 e segg.). La proposta del presidente dello stato francese *Macron* di fondare 20 università europee merita grande plauso.

Ora una parola franca sul disastro della *Brexit* (*P. J. J. Welfens, Brexit aus Versehen. Europäische Union zwischen Desintegration und neuer EU*, 2017): l'uscita della Gran Bretagna dalla comunità costituzionale regionale dell'UE, una grande disgrazia anche dal punto di vista delle scienze culturali, dovrebbe rimanere un caso di eccezione. La Gran Bretagna dal canto suo coltiva l'illusione di una "global Britain", dimenticando che l'impero britannico oggi rimane soltanto l'ombra di se stesso. Riuscirà una Brexit cooperativa? Rimarrà in piedi almeno una cooperazione sulla sicurezza e un'unione doganale tra la Gran Bretagna e l'UE? La Brexit ha, forse, spinto alla solidarietà i rimanenti 27 Stati membri? Vi prego di consentirmi questa provocazione, nata nel dolore di perdere una grande cultura ("la scienza del diritto europeo come scienza della cultura", *Europarechtswissenschaft als Kulturwissenschaft*, 2016). Si pensi al comprovato pragmatismo e alle esperienze maturate dalla Gran Bretagna quale potenza mondiale di un tempo. Ribadisco qui che le mie quattro caratteristiche per

l'approccio scientifico al costituzionalismo rimangono valide anche nelle comunità regionali transnazionali: valori alti, massimi valori come fondamento e al contempo esaltazione e compenetrazione dell'ordinamento giuridico, forma giuridicamente consolidata, stabilità di principio "istituzionale", nonché, sul piano spaziale, validità nazionale, regionale, universale. Tutto ciò vuole e deve servire alla pace su tutti i fronti, nei tre ambiti culturali menzionati.

### 3) Fattori costituzionali nel diritto internazionale come diritto costituzionale dell'umanità

La costituzionalizzazione del diritto internazionale è oggi un concetto onnipresente. Soprattutto *M. Kotzur* ha concretamente elaborato lo "stato di diritto nel diritto internazionale" (*Rechtsstaat im Völkerrecht*, in *Festschrift für E. Klein*, 2013, p. 797 e ss.). Ricordo inoltre la mia propria dottrina delle "costituzioni parziali": sono costituzioni *parziali* la Carta della Nazioni Unite (1945), le convenzioni di Ginevra (1907), Aja (1945) e Vienna (1961/69), lo Statuto romano della Corte penale internazionale (1998/2002) e la forma organizzativa dei tribunali delle Nazioni Unite. Lo stesso vale per la Convenzione internazionale sul diritto del mare quale "costituzione dei mari" (1982) così come per le Convenzioni sui diritti dell'uomo delle Nazioni Unite e per i principi fondamentali del diritto (v. gli studi preliminari di chi scrive, tra cui *Gedächtnisschrift für R. Barranco Vela*, volume 1 2014, p. 45 e ss.). Si pensi inoltre al diritto dello spazio nei testi specialistici nonché al "diritto nazionale di costituzionale mondiale", ossia testi che nell'ambito dello stato costituzionale trattano la pace nel mondo, i diritti dell'uomo, l'umanità (ad es. nel preambolo e negli artt. 1 e 2 GG nonché - assai frequenti sul piano sia cantonale e federale - in Svizzera). Le mie quattro categorie per il concetto di "costituzionalismo" qui calzano tutte. Tuttavia, purtroppo, assistiamo a delle uscite, tra cui l'uscita degli USA dall'UNESCO o dall'accordo di Parigi sulla tutela dell'ambiente. Una convenzione dell'ONU sul divieto delle così dette armi automatiche è desiderata per il futuro. Merita attenzione l'incoraggiante diffondersi dei tribunali costituzionali internazionali (v. anche *A. v. Bogdandy/I. Venzke, In wessen Namen? - Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*, 2014).

Molti temi migrano, interamente o parzialmente, dal diritto costituzionale nazionale al diritto internazionale e ai suoi ordinamenti parziali. Ne sono esempi i due patti sui diritti dell'uomo del 1976 (inclusi i protocolli): codificati nello spirito dei grandi testi del 1776, 1789 etc. e di molti cataloghi nazionali dei diritti dell'uomo, in tempi recenti costituiscono tessere del mosaico dello stato di diritto e, considerando il crescente numero dei tribunali internazionali, anche elementi di divisione dei poteri (l'indipendenza dei giudici). Costituzioni parziali in tal senso sono soprattutto la Carta delle Nazioni Unite (1945) e le molteplici convenzioni ONU. Inoltre sono da menzionare le Convenzioni contro la discriminazione razziale (1966) e contro la tortura (1984), la Convenzione sui diritti dei bambini (1989), la Convenzione sui diritti dei disabili (2006) nonché gli statuti delle

corti internazionali come la Corte internazionale di giustizia dell'Aja (1945) e il Tribunale internazionale del diritto del mare di Amburgo.

Specificamente nel diritto internazionale si parla di “costituzioni parziali” per i seguenti motivi: fattualmente e giuridicamente sono contratti di lunga durata, simili alle costituzioni; inoltre gioca un ruolo la vincolatività giuridica nello spazio. È evidente la rilevanza, l'elevata valenza dei temi, sostenuti dall'opinione pubblica mondiale, trattati dalla Convenzione contro il genocidio (1948), dalla Convenzione sulla protezione della specie (1973), dal diritto umanitario internazionale o dal diritto internazionale dell'ambiente (1979/85/87/92/97). Si tratta di alti testi sui valori di orientamento, su ideali come la giustizia, la pace nel mondo, gli interessi dell'umanità, la dignità dell'uomo, che in parte provengono dal diritto costituzionale nazionale. Si pensi inoltre agli elementi di stato di diritto e stato sociale presenti nello status di diritto internazionale dei rifugiati (1951/67) nonché – accanto al diritto internazionale vincolante – ai principi generali del diritto internazionale, tra cui ad es. il principio della buona fede, espressamente ancorato in alcuni documenti di diritto internazionale (ad es. l'art. 2 comma 2 dello Statuto delle Nazioni Unite del 1945 o l'art. 31 comma 1 dell'Accordo di Vienna sul diritto dei contratti (1961)) e tradizionalmente noto sin dalle grandi codificazioni di diritto privato dei vecchi stati nazionali. Si tratta di norme costituzionali anche poiché intese a limitare ogni tipo di potere nel rispettivo ambito o spazio. Essere “stimolo e barriera”, era uno degli elementi nella visione costituzionale di *R.Smend*. Ciò, analogamente, vale anche per molti principi del diritto internazionale, e vale per l'interpretazione di costituzione come “norma e compito” di *U. Scheuners*. Ciò significa, ora: il diritto internazionale come norma e come compito – fino alla “politica del diritto internazionale”, affidata a un largo numero di attori, tra cui commissioni di giuristi fino alla “International Law Commission”.

E' degna di nota l'osmosi tra le costituzioni parziali del diritto internazionale e le costituzioni parziali nazionali. Osserviamo una concatenazione di principi giuridici, un dare e prendere tra lo stato costituzionale cooperativo aperto al mondo e il diritto internazionale. Si pensi, da un lato e dall'altro, a ai diritti dei bambini, al divieto della schiavitù, alla tutela della diversità delle specie e alle clausole sul patrimonio culturale. Constatiamo una relativizzazione del classico schema fuori-dentro. Il tradizionale pensiero separatistico è superato. Si colloca in questo contesto la scoperta del diritto internazionale soggettivo (*A.Peters*).

Un pensiero specifico deve essere dedicato alla generale *connessione effettuale politica e giuridica* tra le tre forme di vita costituzionale, avvero tra i tre ambiti culturali. Esistono intense interconnessioni, interazioni e processi osmotici, anche rimandi e aggiornamenti nonché migrazioni e aggiornamenti tra lo stato costituzionale cooperativo da un lato e le comunità costituzionali regionali e

transnazionali oppure la comunità internazionale degli stati dall'altro (tema del 1978: "permeabilità"). Osserviamo azioni reciproche e processi di trasferimento per quanto riguarda i testi, le sentenze e anche le politiche. L'idea dei diritti umani è "migrata" dal contesto nazionale a quello internazionale. I diritti fondamentali dell'UE fanno riferimento a vari modelli nazionali e alle loro *verità* costituzionale, e a loro volta si ripercuotono sulle costituzioni nazionali. Lo stesso vale per la loro forma originaria della suddivisione dei poteri, ossia la cosiddetta parità istituzionale nell'UE. A livello del diritto internazionale costituzionalizzato osserviamo folti elenchi di compiti che traggono vita dalle forme originarie e dai modelli delle costituzioni nazionali. Un elemento di democrazia si evidenzia perfino nelle Nazioni Unite (Assemblea generale, Consiglio per i diritti dell'uomo dell'ONU a Ginevra), e tanto più nell'EU come parlamento europeo. Il processo di produzione e recezione giuridica tra le tre forme menzionate di vita o i tre ambiti culturali costituzionali diviene particolarmente evidente se guardiamo il *terzo* potere. I tribunali internazionali e il loro avanzare come veicolo di costituzionalizzazione del diritto internazionale non possono che essere apprezzati. Già si parla di "dialogo" tra le corti costituzionali (v. anche *A. Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, NVwZ 2010, p. 1 e ss.). Decisioni particolari da parte dei giudici saranno in tale contesto utili a lungo termine come "metodi alternativi di giudizio". Diviene possibile una giurisprudenza universale, anzitutto nei metodi interpretativi. È anche in atto la discussione se nei tribunali internazionali debbano essere chiamati anche giudici nazionali. A mio avviso: sì.

Un breve commento, purtroppo, richiedono anche le *crisi* e le *sfide* del costituzionalismo in tutti e tre gli ambiti di vita strutturati giuridicamente (o ambiti culturali). Occorre ricordare il terrorismo internazionale, le crisi finanziarie globali, l'economizzazione traboccante non solo nel capitalismo finanziario, il palese mutamento climatico, il ritorno del nazionalismo esaltato e aggressivo, l'internet come spazio franco esterno al diritto e allo stato, la corruzione strabordante, i paradisi fiscali internazionali, il diffuso aumento di "fake news" e messaggi di odio, il cosiddetto Stato islamico, le guerre, le carestie, gli attacchi cibernetici, i flussi migratori, il potenziamento astronomico di spese militari e non ultimo i tentativi illegali di secessione come in Catalogna, le pericolose "società parallele" che mettono a rischio la convivenza pacifica (ad es. la giustizia parallela dell'islam in Germania, i ghetti in Danimarca). Il costituzionalismo qui si trova di fronte a compiti enormi, sia politici che economici, si pensi anche al necessario contenimento dei mercati entro la loro funzione esclusivamente *strumentale*, certamente non fine a se stessa. Per non parlare degli spostamenti di potere geopolitico tra USA, Russia e Cina. Soltanto con uno "spirito rivolto al mondo" (*Weltgeist*) saremo in grado di contemplare tale scenario nel suo insieme. Noi stessi possiamo soltanto procedere passo per passo, elaborando caute riforme, tra cui ad es. la chiara



distinzione tra richiedenti asilo e migranti nell'UE. L'aumento dei partiti euroscettici nel nostro continente valga come appunto negativo.

## II. Gli attori nel contesto del costituzionalismo

Passiamo ora agli “attori” nella mia struttura teorica del costituzionalismo, ovvero alle persone pensanti e le istituzioni e gli organi operanti. Storicamente, il primo posto spetta agli stati nazionali divenuti nel corso della storia stati costituzionali. Meritano esplicita menzione come attori in tali processi di crescita del costituzionalismo i politici provenienti dai singoli stati, dalle comunità costituzionali regionali e transnazionali nonché dal palcoscenico internazionale. Un attore importante è l'ONU, inclusi i suoi organi e impiegati, sebbene il Consiglio di sicurezza a New York sia spesso bloccato. A livello nazionale emergono quelli attori che hanno operato come “padri e madri” della loro costituzione. Cito qui i *Federalist Papers* per la formazione degli Stati Uniti e i membri del Consiglio parlamentare di Bonn per il Grundgesetz tedesco del 1949, tra cui *Carlo Schmid* e *T. Heuß*. Per l'Europa possiamo citare gli autori italiani del manifesto di Ventotene (1945) e i grandi politici nella costruzione europea come *A. De Gasperi*, *Ch. De Gaulle*, *Jean Monnet* e *H. Kobl*, anche *W. Hallstein* e *J. Delors*. Pensiamo inoltre quei grandi uomini di stato che hanno condotto i loro popoli nella libertà costituita, nella società aperta e dunque nel costituzionalismo: *V. Havel* nella Repubblica ceca e *N. Mandela* in Sudafrica, precedentemente *S. Bolívar* nell'America Latina. Ora tuttavia sono centrali i *costituzionalisti*, ovvero quelle personalità che attraverso il loro pensiero, creando “testi classici nella vita costituzionale” (1981), hanno avviato e mantenuto in piedi lo stato costituzionale. Cito *J. Locke*, *Montesquieu*, *Rousseau*, *Tocqueville* ma anche *Kant*, in parte *Hegel*, infine *H. Jonas* (principio della responsabilità) e per la Germania i classici di Weimar. Nel senso del mio elenco di attori occorre citare inoltre, ma non per ultimo, la figura del giudice internazionale nella veste di giurista costituzionale. Il terzo potere, considerando la sua indipendenza e i suoi specifici metodi, non può che essere apprezzato per i suoi contributi al costituzionalismo (si pensi a Lussemburgo, Strasburgo, Costa Rica). Negli USA il terzo potere attualmente appare come ultima tutela contro il Presidente *Trump*. Il terzo potere come attore del costituzionalismo è oggi messo in pericolo in Turchia e probabilmente anche in Polonia (dove - partendo, guarda caso, dal diritto processuale costituzionale - si violano i diritti fondamentali dell'UE sulla divisione dei poteri). Una nuova sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europa del 2018 sull'indipendenza del giudice e sull'obbligo di una tutela giuridica effettiva include tali principi nelle “tradizioni costituzionali comuni” agli stati membri.

Il *pluralismo degli attori* è una caratteristica delle dinamiche di scambio tra le costituzioni parziali. Attori sono, tra gli altri, i singoli stati, le ONG, le corti nazionali, i tribunali internazionali come i tribunali dell'ONU secondo il modello dell'indipendenza del terzo potere all'interno dello stato, gli stati, le organizzazioni internazionali e infine persino i cittadini nella rivendicazione e realizzazione delle loro libertà fondamentali e dei loro diritti sociali (a livello nazionale o sovranazionale). Si arriva dunque a uno spalleggiamento tra i numerosi diritti costituzionali nonché tribunali costituzionali nazionali e il diritto internazionale. Non per ultimo è da citare la scienza: “i più capaci internazionalisti delle diverse nazioni” (cfr. art. 38 comma 1 lettera d Statuto della Corte internazionale del 1945) così come le comunità scientifiche nazionali e sovranazionali sono a lungo termine da considerare attori, facendo parte della repubblica universale degli eruditi.

Con queste tesi sull'intreccio tra costituzioni parziali nazionali, regionali e internazionali si intende favorire unicamente un costituzionalismo universale, non un diritto mondiale o perfino di uno stato mondiale. Soltanto episodicamente si dovrebbe usare il concetto di “cultura giuridica universale”, ad es. in contesti riguardanti la Convenzione sulla tutela dell'eredità culturale mondiale (1972), la molteplicità di forme espressive culturali (2005), anche la convenzione UNESCO sull'eredità culturale immateriale (2003/13), l'abrogazione della pena di morte (1989) e da tempo la lotta contro la pirateria.

Sulla disciplina della “politica costituzionale” in tutti e tre gli ambiti di lavoro del costituzionalismo dobbiamo qui limitarci a un accenno, utile come collegamento alla parte III: Metodi di lavoro, in particolare quello scientifico.

### III. Metodi di lavoro, in particolare delle scienza intorno al costituzionalismo

Le seguenti considerazioni riguarderanno esclusivamente il *costituzionalista* (erudito e giudice della corte costituzionale), figura oggi attiva e richiesta in tutto il mondo. Sarebbero da discutere in separata sede i metodi di lavoro dei restanti attori da me menzionati nel contesto del costituzionalismo, tra cui il modo di lavorare dei politici, che si pongono a servizio della politica costituzionale, oppure le attività degli economisti, degli storici, dei politologi e degli studiosi delle scienze naturali attivi come consulenti. Per quanto riguarda i costituzionalisti va detto che sono coinvolti nello sviluppo di “giurisprudenza universale”. Dando per lo meno uno sguardo sintetico ai *metodi* con cui lavora e si disciplina – necessita una *metodologia settoriale* in quanto ad es. il diritto penale richiede un modo di lavorare profondamente diverso rispetto al diritto costituzionale (sulla questione v. anche *A. Jakab*, *European Constitutional Language*, 2016). Il *costituzionalista* ( *der*

*Verfassungsjurist*) – nazionale, regionale o universale che sia - oggi dovrebbe lavorare seguendo i seguenti metodi: la comparazione costituzionale quale “quinto” metodo interpretativo (1989); il paradigma dei livelli testuali per indagare sui processi mondiali di produzione e recepimento dei testi costituzionali nonché sulla loro trasfigurazione, il loro “aggiornamento” (con riguardo alla *realtà* costituzionale, v. ad es. la Costituzione federale svizzera 1999) e le estrapolazioni; la comparazione costituzionale contestuale, iniziata nel 1979 e successivamente sviluppata da me in un intervento a Roma nel 2005 con la parola chiave “comparazione costituzionale come scienza del contesto”. Si pensi soprattutto ai contesti culturali, si faccia riferimento alla nota espressione “unless context otherwise requires“, frequente nelle più recenti costituzioni e semplificabile nelle formule “interpretare attraverso pensieri aggiunti” o “illuminare i nessi“. Per ragioni di tempo bastino questi accenni. Di nuovo si dovrebbe tener presente che la nostra scienza rappresenta soltanto *uno* tra tanti attori laddove si tratta di sviluppare ulteriormente lo stato costituzionale e le sue declinazioni regionali e globali nei tre diversi ambiti culturali. La Svizzera, negli studi preliminari alla revisione totale della costituzione federale durante gli anni 80 e 90, ha svolto un lavoro esemplare con numerose alternative testuali.

#### IV. Lo sviluppo del costituzionalismo in Africa

L’Africa quale continente con i suoi 55 stati singoli è di recente entrata nel focus sia delle scienze sia della politica. Si ricordi la controversia sugli “stati di provenienza” in Africa, dai quali l’Europa vorrebbe limitare la migrazione (l’Italia soffre particolarmente della mancanza di solidarietà europea). Degna di nota è l’iniziativa del presidente della Repubblica francese *Macron* riguardo alla restituzione dei beni culturali sottratti in epoche precedenti dalle potenze coloniali, l’intento di riportare l’eredità culturale africana dagli musei europei nei paesi di origine. *Macron* nel 2018 ha iniziato in tal senso uno specifico programma EU con il motto: la zona del Sahel come “luogo della cultura”. La ex potenze coloniali europee hanno tutti i e le ragioni per avvertire una cattiva coscienza. Si dovrà attendere per vedere come sfruttamento e dolore, povertà e fame nei paesi africani potranno ridursi con l’aiuto dell’Europa. Probabilmente il compito richiederà molto tempo, tuttavia è incoraggiante l’esistenza già oggi in Africa di numerosi luoghi dichiarati Patrimonio dell’umanità. È degna di nota la vistosa presenza in Africa della Cina, la quale per ragioni geopolitiche finanzia infrastrutture come porti (Dschibuti), ferrovie, etc. (la Cina, fatto alquanto doloroso per noi, ha anche acquistato il porto di Pireo). Tutto ciò illustra lo sfondo geopolitico per il costituzionalismo africano a cui ora accenneremo. Certamente passerà ancora del tempo prima

che in Africa si formi una “cultura costituzionale“ trasversale nel senso della mia proposta del 1982 (la costituzione del Sudafrica del 1996 rappresenta un testo particolarmente esemplare).

Si sta delineando tuttavia l’inizio di una *costituzionalizzazione dell’Africa*, formato da apprezzabili costituzioni nazionali e unioni regionali come l’Unione africana e la Comunità degli stati dell’Africa occidentale (dotata perfino di una corte costituzionale) – una “opinione pubblica africana” sembra già esistere. Pur potendo presentare – anche qui - soltanto una selezione tra i più creativi livelli testuali tratti dalle costituzioni nazionali, emerge una notevole creatività in molti testi del Sudafrica (1996), del Kenya (2010), dell’Angola (2010) e della Tunisia (2014). Emergono inoltre, come nel resto del mondo, dei fecondi processi di scambio. Il grande motto “cultura della pace“ ad es. appare prima in Slovenia (1991), poi in Umbria (2005) nonché in alcuni testi del regionalismo spagnolo, successivamente in un paese dell’America latina e infine nella costituzione del Sud Sudan (2011). È lecito parlare di una “società aperta dei costituenti“ a livello mondiale. Possiamo elencare una serie di ambiti di vita costituzionale ai quali i costituenti africani stanno dando notevoli contributi, tanto da poter già parlare di un costituzionalismo africano, di cui fa parte la Carta di Banjul dei diritti dell’uomo e dei popoli africani (1986).

Un campo particolarmente fertile è quello dei preamboli costituzionali. Costruiscono un’importante narrazione del paese. Ciò nobilita il preambolo quale cuore centrale del costituzionalismo sul piano sia formale sia di contenuto. I preamboli, dal punto di vista delle scienze culturali, assomigliano ai prologhi nella poesia o ai preludi nella musica, tanto che non di rado meritano il predicato di “evento testuale”. Con un linguaggio vicino ai cittadini ma solenne delineano la storia del paese, affrontano il presente e progettano con parole di grande spessore il futuro costituzionale. Messi tutti assieme tali preamboli formano pressappoco un’antologia africana e delle costituzioni. Vengono delineati i valori fondamentali del rispettivo costituzionale sui quali il cittadino dovrà letteralmente sintonizzarsi. Di seguito alcuni esempi: la costituzione del Mali (1992) fa riferimento alle “tradizioni dell’ eroica lotta“ parlando di “democrazia pluralistica” nonché di “molteplicità culturale e linguistica” e promozione della pace. Il preambolo del Malawi (1994) si professa per l’unità di tutti gli uomini e relazioni internazionali pacifiche. Il preambolo della Nigeria (1999) apre con l’espressione “we, the people“ e si dedica alla “solidarietà intra-africana“, a un buon lavoro governativo nonché al benessere di tutti gli uomini nel paese (la Nigeria vanta la cultura Nok preistorica e recentemente riscoperta). Fruttuosa da ogni punto di vista, la costituzione dell’Angola (2010) parla di resistenza contro “l’occupazione coloniale“, ricorda la “saggezza della storia comune e delle culture”, si vede ispirata dai “migliori insegnamenti della tradizione africana – il sostrato base della cultura e identità dell’Angola“ e improntato da una “cultura della tolleranza”. Viene

garantita tanto la dignità dell'uomo quanto la divisione e limitazione dei poteri e il sistema dell'economia di mercato. Infine si vede obbligata all'“eredità per le future generazioni“. Il preambolo del Sud Sudan (2011) inizia con “we, the people“, promette “la lunga e eroica lotta per giustizia, libertà, uguaglianza e dignità“ e rivendica sostenibilità per le risorse naturali nella prospettiva delle generazioni presenti e future “nello spirito dell'Islam e dell'amore per il bene e per il paese “. Quale idealismo!

Una parole sul catalogo dei diritti fondamentali: qui si trovano accanto ai classici diritti fondamentali temi nuovi, ad es. la tutela dei giovani, degli anziani e dei disabili; nel contesto dei limiti dei diritti fondamentali e delle particolari regole di interpretazione emerge perfino la garanzia del contenuto essenziale (*Wesensgehalt*) dei diritti fondamentali. Si rivelano frequenti i temi cultura e educazione – qui viene in mente la mia vecchia idea della “costituzione come obiettivo educativo“. Molto viene disposto sotto forma di mandato costituente, ma si trovano anche organi e istituzioni del tutto nuovi, tra cui le commissioni per i diritti dell'uomo o le commissioni per altri ambiti di vita quali i media e la lotta contro la corruzione. I diritti di partecipazione sono normati come se fosse scontato. Infine è degno di nota la preoccupazione circa il *pacifico cambio di potere* tra i presidenti di stato, cosa che malgrado i testi costituzionali nella realtà costituzionale spesso riesce soltanto sotto pressione o non riesce affatto, basti pensare ai più recenti esempi del Sudafrica o dello Zimbabwe.

L'Africa dunque può vantarsi di essere un'“officina“, un laboratorio per nuovi temi e figure - ovvero nuovi testi costituzionali - del costituzionalismo. Certo: la discrepanza tra *diritto* costituzionale e *verità* costituzionale è spesso assai dolorosa – e sarà per quello che ancora non esiste un “diritto costituzionale comune africano“. La forza normativa della costituzione (*K. Hesse*) non è ovunque amata e vissuta. Probabilmente in Africa le condizioni socioeconomiche appropriate per il costituzionalismo sono ancora poco sviluppate (lavoro, formazione, istruzione, salute, pace, un minimo di benessere, infrastrutture). Tuttavia l'Africa dovrebbe avere un futuro costituzionale, nonostante non sia rara la minaccia di strutture autoritarie (v. ad es. *A. Kemmerer* che in un “editoriale“ per il blog costituzionale avanza la questione se esista un “costituzionalismo del sud globale“; reperibile sul sito <https://verfassungsblog.de/quergelesen-gibt-es-einen-konstitutionalismus-globalen-suedens/>). Proprio la comunità scientifica nazionale italiana, come presente qui a Roma, potrebbe in virtù della sua vicinanza geografica all'Africa attivarsi in modo particolarmente autentico offrendo aiuto sul posto.

## V. Prospettiva

Noi, come servitori del diritto, dobbiamo anche chiamare per nome i frequenti dolorosi “limiti” della nostra scienza. L’ottimismo scientifico oggi non ha vita facile, malgrado la speciale motivazione insita nel costituzionalismo quale servizio per la pace dell’umanità (il diritto internazionale come “diritto costituzionale dell’umanità”, in esso ha le sue radici il “diritto ai diritti” nel senso di *Hannah Arendt*). Dobbiamo fare di tutto affinché il costituzionalismo rimanga attraente per gli uomini. Teniamo presente la scienza come eterna ricerca della verità nel senso di *W. von Humboldt* – e qui possiamo tracciare un parallelo con il servizio alla verità del terzo potere. Detto nelle parole del Grundgesetz: la libertà scientifica e il compito della giurisprudenza vanno di pari passo (art. 5 commi 3 e 92 GG) – la ricerca della verità dà l’impronta al costituzionalismo. La vitalità del costituzionalismo si conferma in considerazione delle nuove “commissioni delle verità” create in paesi dal Sudafrica fino alla Tunisia – e la ricerca della verità, o per lo meno veridicità, dovrebbe essere anche la massima di tutti i politici. Il costituzionalismo non dovrà certo divenire un “concetto tutto fare”, avendo anch’esso dei limiti e delle crisi: limiti nella forma delle alterne vicende del mandato parlamentare di costruzione politica, nella forma del diritto semplice e nella forma dei cosiddetti tribunali specializzati; crisi, come mostrato, in abbondanza. Il costituzionalismo nell’insieme dei suoi tre ambiti culturali è una scienza della pace, è una parola di speranza e come tale deve essere pronto alla riforma e rimanere responsabile, deve essere progetto che con il cambiamento diventa (può diventare) realtà.